


UniCEUB
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Os significados dos casos Kiobel
e Vedanta para a proteção de
direitos humano**

Patricia Almeida de Moraes

Danielle Anne Pamplona

VOLUME 16 • N. 3 • 2019
EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Sumário

EDITORIAL	2
OS SIGNIFICADOS DOS CASOS KIOBEL E VEDANTA PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	10
Patricia Almeida de Moraes e Danielle Anne Pamplona	
DECLARACIONES EMPRESARIALES “VOLUNTARIAS” SOBRE DERECHOS HUMANOS, Y LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN INSTITUCIONAL (INTERNACIONAL E INTERNA) EXTERNA	24
Nicolás Carrillo Santarelli	
LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS CLIMÁTICA	51
Daniel Iglesias Márquez	
EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA Y DERECHOS HUMANOS	76
Humberto Cantú Rivera	
O PLANO NACIONAL DE AÇÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS DO CHILE: UM BALANÇO SOBRE O SEU IMPACTO DISCURSIVO E REAL	94
Judith Schönsteiner	
ZARA, M. OFFICER, PERNAMBUCANAS E SERAFINA/COLLINS: O PADRÃO CONDENATÓRIO POR CONDIÇÕES DEGRADANTES DA MÃO DE OBRA EM REDES CONTRATUAIS DO SETOR DE VESTUÁRIO	112
Laura Germano Matos e João Luis Nogueira Matias	

Os significados dos casos Kiobel e Vedanta para a proteção de direitos humanos

Patricia Almeida de Moraes**

Danielle Anne Pamplona***

Resumo

As corporações são reconhecidamente detentoras de grande poder econômico, capacidade de gerar desenvolvimento e de potencial para violar direitos humanos. No geral, a responsabilização por tais violações deverá encontrar guarida no âmbito doméstico do local da violação. Todavia, uma antiga legislação americana, o Alien Tort Statute (ATS) vinha sendo interpretado para permitir que vítimas de violações de direitos humanos pudessem propor pedidos de indenização em solo americano, ainda que os atos e danos tivessem ocorrido fora daquele território, o que é conhecido como extraterritorialidade. O Caso Kiobel foi decidido pela Suprema Corte Norte-americana de modo a interromper essa prática, com fundamento na ‘presunção contra a extraterritorialidade’, pondo por terra a pretensão de muitas vítimas de encontrar resposta para os danos suportados. Por outro lado, uma decisão de admissibilidade de ação em corte inglesa, no caso chamado Vedanta, parece renovar a esperança no uso de medidas judiciais como instrumento para dar uma resposta às vítimas de abusos de corporações. Este texto explica o modo de aplicação do ATS antes e depois de Kiobel e a decisão no caso Vedanta e indica os pontos positivos e negativos do desenvolvimento em solo inglês. A metodologia utilizada foi dedutiva, a partir dos casos.

Palavras-chave: corporações; direitos humanos; Caso Kiobel; Caso Vedanta.

Abstract

Corporations hold great economic power, development building capacity and potential to violate human rights. In general, accountability for such violations should be found domestically on the place of violation. However, former US legislation, the Alien Tort Statute (ATS), was being interpreted to allow victims of human rights violations to propose damages on American soil, even if the acts had taken place outside that territory, what is known as extraterritoriality. The Kiobel Case was decided by the North-American Supreme Court to stop that practice, based on the ‘presumption against extraterritoriality’, overturning the claim of many victims to find an answer to the damage sustained. On the other hand, a decision of admissibility in English court, in the case called Vedanta, seems to renew hope in the use of judicial measures as an instrument to respond to the victims of corporation abuse. This text explains the application of the ATS before and after Kiobel and the ruling in the Vedanta case and indicates strengths and weaknesses of the decision on English soil. The methodology used was deductive as from the cases.

* Editores Convidados/Guest Editors

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisadora no Grupo Direitos Humanos e Direito Internacional: convergências e divergências. Membro da Clínica de Direitos Humanos PPGD/PUCPR e do Global Business and Human Rights Scholars Association. Advogada. E-mail: patricia.almeidademoraes@hotmail.com.

*** Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Pós-Doutora pela American University em Washington, DC (2015-2016); Visiting Scholar no Max Planck Institute em Heidelberg, Alemanha (2019); Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Vice-Presidente do braço latino-americano da Global Business and Human Rights Scholars Association; Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do PPGD/PUCPR. E-mail: danielle.pamplona@pucpr.br

Keywords: corporations; human rights; Kiobel case; Vedanta case.

1 Introdução

Não é exatamente uma novidade afirmar que as grandes corporações são um ator importante na discussão acerca de violações de direitos humanos no mundo. A globalização econômica, a expansão de suas atividades para além das fronteiras dos países em que têm sede e o aprofundamento das necessidades capitalistas de aumento de lucro e de novos mercados são fatores que elevaram as grandes corporações a um patamar diferenciado de poder.

Especialmente a partir dos anos 1970 houve uma grande expansão do alcance e da função das corporações multinacionais, de forma que elas começaram a atuar em diversos países e desenvolveram inovadoras e distantes redes de produção transnacionais. Assim, essas companhias instalam suas afiliadas, ou contratam parte ou a totalidade de sua cadeia produtiva, em países com menor expressividade político-econômica internacional e que, frequentemente, possuem governança e/ou instituições internas fracas e/ou legislações pouco protetivas dos indivíduos. É nestes países que a incidência de abusos de direitos humanos relacionados a empresas é significativamente mais alta, pois não há leis locais de proteção ou garantia de que as leis existentes sejam aplicadas.

No mundo globalizado, portanto, é possível encontrar grandes empresas que terão sede em um país, mas que desenvolvem sua atividade em outro, por si ou por outras pessoas jurídicas. Na ocorrência de uma violação de direitos humanos, sendo o direito internacional subsidiário ao direito doméstico, a primeira resposta deve vir deste. Ocorre que a maioria dos Estados onde essas empresas buscam exercer sua atividade são escolhidos justamente pela flexibilidade de aplicação de normas protetivas ou por sua inexistência. Assim, não é raro que as vítimas de violações retem sem qualquer possibilidade de remediação para os danos que sofrem, quedando-se totalmente desamparadas por seus próprios Estados.

Uma das situações discutida neste artigo, o julgamento do caso denominado Kiobel, reflete um dos maiores obstáculos para a utilização de um importante

instrumento para responsabilização de empresas por violações de direitos humanos. Algumas vítimas dessas violações encontraram uma possibilidade de responsabilizar a corporação violadora fora do território onde ocorreu a violação, neste caso, no território sede da corporação. Essa possibilidade, como restará demonstrado, foi aberta pela existência, nos Estados Unidos da América, de uma legislação específica que parece permitir que pessoas proponham ações para responsabilizar outras por atos cometidos fora do território americano. Esse é o teor da chamada Lei de Responsabilidade Civil por Ato Ilícito no Estrangeiro (Alien Tort Statute ou Alien Tort Claims Act, doravante ATS). Por três décadas, estrangeiros utilizaram esta legislação para fundamentar ações contra réus que violaram direitos humanos fora do território americano.

E assim ocorreu até 2013 quando a Suprema Corte americana resolveu o litígio denominado Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co. e alterou significativamente o modo de aplicação desta legislação. O presente texto discute as consequências desta decisão para inúmeras vítimas de violações. Na ausência de procedimentos, instituições ou legislação que permitam às vítimas a compensação pelos danos que sofrem em seus próprios Estados, onde a violação ocorreu, o ATS era a possibilidade a que se apegavam para requerer a condenação em um país com instituições fortes. Assim, o texto busca analisar a decisão para concluir acerca dos reais danos causados às possibilidades de novos litígios e da extensão do retrocesso representado por esta decisão. A discussão é atual e necessária eis que ou Kiobel não terá reflexos maiores para a responsabilização de empresas por violações de direitos humanos; ou ela representa um claro retrocesso. Não é preciso dizer que a solução dada ao caso foi recebida com muita tristeza pela comunidade de defensores de direitos humanos.

Já no Caso Vedanta v. Lungowe, a decisão da Suprema Corte Inglesa foi em sentido contrário, não exatamente – ainda, ao menos – de forma favorável a proteção dos direitos humanos. Em verdade, a decisão admite a discussão sobre a responsabilidade de empresa que alegadamente violou direitos humanos na África, em solo inglês, por estarem presentes determinados requisitos.

Ambos os casos serão tratados no presente artigo, buscando-se analisar a influência de cada um deles no panorama internacional de proteção dos direitos huma-

nos e o que esperar das Cortes e das empresas diante destes dois importantes casos cuja admissibilidade foi definida de maneira oposta.

O método utilizado para a pesquisa foi o indutivo com a análise de dois casos nos quais se alega que multinacionais violaram direitos humanos. Pela análise se busca inferir como as Cortes e as empresas poderão se manifestar no futuro, em caso análogos.

2 Contextualizando as decisões

O caso Kiobel é representativo das dificuldades que se apresentam às vítimas de grandes corporações e também por isso é relevante. Em verdade, os fatos ocorridos e que culminaram na ação judicial levada à Suprema Corte americana contribuíram para a movimentação da comunidade internacional em torno do tema de empresas e direitos humanos, tornando-o um caso paradigmático. O caso se inclui entre outros tantos que promoveram o debate internacional sobre o real papel das corporações e que despertaram a atenção internacional para o surgimento deste novo ator, não somente por seus impactos positivos na economia e na sociedade, mas também pelos negativos.

Os fatos que levaram ao caso perante a Suprema Corte americana ocorreram a milhares de quilômetros de Washington, DC. Eles ocorreram em uma região conhecida como Ogoniland, uma área de cerca de mil quilômetros quadrados no estado de Rivers na Nigéria, onde viviam, à época, 500 mil pessoas do povo chamado Ogoni.

A empresa Shell começou a extrair petróleo nessa área na década de 50 do século passado. A companhia mantinha sua licença legal¹ para operar em Ogoniland, por meio da Shell Petroleum Development Company (SPDC), uma *joint venture* constituída entre a Royal Dutch Shell e a Nigerian National Petroleum Corporation, empresa estatal nigeriana de exploração de petróleo. Desde o início, a exploração e produção de petróleo causaram danos ambientais no território. A poluição do solo e da água, causada pelos vazamentos de petróleo, prejudicou a subsistência daqueles que dependiam da

agricultura e da pesca, com impactos diversos em seus direitos humanos. Além disso, os moradores da área tinham de conviver com os queimadores de gás residual todo o tempo, além da respirar poluição atmosférica, que causava chuva ácida e problemas respiratórios.²

Na década de 70, os líderes do povo Ogoni escreveram para a Shell e para o governador militar do estado de Rivers, manifestando o descontentamento do povo com a degradação ambiental, mas não obtiveram resposta. Apesar dos empregos criados para os moradores da região, as comunidades locais pagavam um alto preço e usufruíam de poucos benefícios, enquanto bilhões de dólares em petróleo eram extraídos do solo da região (5,2 bilhões de dólares durante a duração da concessão, segundo a Shell).³

De forma gradual a agitação civil foi aumentando eis que apesar das contínuas demandas, o povo não obtinha qualquer resposta satisfatória e muito menos, a solução para alguns dos problemas que apresentavam. A Shell tentou reduzir as tensões que só cresciam, elaborando projetos para o desenvolvimento da comunidade, como a construção de escolas e clínicas, a perfuração de poços de água potável e a construção de tanques de armazenamento de água. Mas a gestão dos produtos destes projetos só contribuiu para piorar a situação, eis que em algumas dessas iniciativas certos grupos se beneficiaram em detrimento de outros, aumentando as rivalidades.⁴

A agitação civil se transformou em vandalismo e violência generalizadas, então tropas do governo foram chamadas para proteger as instalações da Shell, como gasodutos de superfície em todo o território, que eram danificados para venda de petróleo roubado. Em 1993, a Shell suspendeu suas operações na região, e em resposta a isso, o governo nigeriano iniciou uma grande ofensiva em Ogoni: aldeias foram queimadas, mulheres estupradas e cerca de duas mil pessoas mortas. As ações foram do governo nigeriano, todavia, as investigações demonstraram que houve participação da empresa de diferentes maneiras, e a própria Shell admitiu ter auxi-

¹ A expressão é aqui utilizada para distinguir da chamada licença social, que é aquela obtida na comunidade nas quais as atividades empresariais se desenvolvem; é a concordância da comunidade com a instalação das atividades.

² RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014.p. 65.

³ INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Nigeria: Ogoni Land after Shell. Africa Briefing nº 54. 18 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.crisisgroup.org/africa/west-africa/nigeria/nigeria-ogoni-land-after-shell>> Acesso em 01 de setembro de 2018.

⁴ RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014, p. 65.

liado os militares ao menos uma vez.⁵

Já o Caso conhecido como Vedanta é, em verdade, o caso *Lungowe and others v. Vedanta Resource Plc*, julgado pela Suprema Corte Inglesa. Vedanta Resource é uma companhia de mineração inglesa que opera na Zâmbia desde 2004, quando adquiriu participação de 51% na Konkola Copper Mines (KCM), uma das empresas estatais mais importantes da Zâmbia que conta ainda com a participação de investidores privados. Atualmente, a Vedanta possui 80% da KCM e investiu pesadamente no aumento da produção de cobre, tornando a KCM uma das maiores produtoras de cobre da África, com minas em três locais.⁶

Em anos de atividade extrativista na Zâmbia, a empresa poluiu rios e territórios. Assim, em 2015, 1826 pessoas (“Lungowe e outros”) de três aldeias, ingressaram com demanda na justiça britânica.⁷

É relevante destacar que a extração de cobre tem impulsionado a economia do país desde a década 20 do século passado, e atualmente 60% dos ganhos com exportação vem desta atividade, chegando a 10% do PIB do país. Quando o governo da Zâmbia privatizou a indústria de mineração nos anos 90, após o declínio econômico e a pressão de investidores estrangeiros, um fluxo constante de investimentos começou a fluir. Isso fez com que os zambianos que vivem ao redor das minas experimentassem um dilúvio de produtos químicos tóxicos, descarregados no ar e na água.⁸

Casos julgados pelo Tribunal da Zâmbia envolvendo violações de direitos por multinacionais não foram bem sucedidos. Em 2011, o Tribunal Superior de Lusaka ordenou que a Vedanta e sua subsidiária KCM pagassem

cerca de 1,3 milhões de libras a 2.000 pessoas, depois que a mina de Chingola descarregou ácido sulfúrico e outros produtos químicos em um afluente do rio Kafue em 2006. Todavia, o Supremo Tribunal da Zâmbia, apesar de ter confirmado a sentença, reduziu vertiginosamente o valor da compensação.⁹

Assim, os problemas continuavam e os agricultores das aldeias de Shimulala Hippo Pool, Hellen e Kakosa, afetados pelos produtos químicos que transformaram sua fonte de água em um rio de ácido, decidiram levar sua batalha legal para Londres.

Vedanta se defendeu na Corte inglesa, afirmando que lhe faltava jurisdição para avaliar o caso levado pelos agricultores zambianos eis que eles deveriam buscar a solução nas cortes daquele país. Em 2016, o Supremo Tribunal do Reino Unido rejeitou esse argumento, constatando que apesar das recentes reformas no sistema de justiça da Zâmbia, os requerentes não tinham chance de obter justiça se levassem a KCM ao poder judiciário na Zâmbia¹⁰. Dois anos depois, após um novo apelo da Vedanta, o Tribunal de Apelação confirmou a decisão do Supremo Tribunal. A Vedanta recorreu novamente e em 10 de abril de 2019, a Suprema Corte decidiu que o caso dos moradores da Zâmbia contra a Vedanta Resources pode ser julgado pelos tribunais ingleses, com os fundamentos que serão abaixo apontados.¹¹

2.1 Os antecedentes judiciais do caso Kiobel

O ATS permaneceu adormecido nos EUA até 1980, quando o Tribunal de Apelação para o Segundo Circuito julgou o caso *Filartiga v. Pena-Irala* e definiu que o ATS estabelecia um foro federal para as discussões sobre direitos humanos. Neste caso, Joel e Dolly Filartiga, pai e irmã de Joelito Filartiga, alegaram que Americo

⁵ Ibidem, p. 67

⁶ ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

⁷ UNITED KINGDOM. Supreme Court. Judgment Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents). Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

⁸ ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

⁹ The Guardian. ‘I drank the water and ate the fish. We all did. The acid has damaged me permanently’. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development/2015/aug/01/zambia-vedanta-pollution-village-copper-mine>> Acesso em 10 de maio de 2019.

¹⁰ ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

¹¹ Business & Human Rights Resource Centre. Vedanta Resources lawsuit (re water contamination, Zambia). Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/vedanta-resources-lawsuit-re-water-contamination-zambia>>. Acesso em 12 de maio de 2019.

Pena-Irala, um inspetor policial no Paraguai, havia torturado até a morte Joelito, em retaliação pelas atividades políticas de seu pai. Pena-Irala, mais tarde, estabeleceu-se nos Estados Unidos, mas seu visto venceu e antes de ser deportado para o Paraguai, foi processado pelos familiares de Joelito Filartiga¹².

Com respaldo em um memorando do governo americano, o Segundo Circuito concluiu que o ATS dava jurisdição às cortes americanas sobre o caso, uma vez que os Filartiga eram estrangeiros, o pedido era de responsabilidade civil e a tortura violava a lei internacional consuetudinária, equivalente ao “direito das nações” a que o ATS se refere¹³. Veja-se a letra da lei, publicada em 1789:

As cortes distritais terão jurisdição originária sobre qualquer ação civil ilícita de um estrangeiro, cometida em violação do direito das nações ou de um tratado dos Estados Unidos.¹⁴

O caso Filartiga marcou o início da era dos litígios em direitos humanos nos tribunais dos Estados Unidos¹⁵. A partir dele, os estrangeiros vítimas de violações poderiam ajuizar ações em solo americano – o que, muitas vezes, representa um ganho diante da capacidade de seu ordenamento doméstico – para se ver reparados por violações ocorridas no exterior.

Em 1984 outro caso foi levado a julgamento baseado no ATS, *Tel-Oren vs. Libyan Arab Republic*. Neste caso, os demandantes processaram a Organização pela Libertação da Palestina (OLP) por um ataque terrorista ocorrido em Israel. Os juízes não admitiram o caso, mas não chegaram a um acordo sobre os fundamentos para a não admissão. Por um lado, houve quem defendesse que a tortura oficial – como a do caso Filartiga – viola o direito internacional consuetudinário, mas que os

atos não oficiais realizados pela OLP não implicavam em ofensa ao direito das nações. Por outro lado, houve quem defendesse que os autores não tinham causa de agir, porque ela não estava prevista no direito internacional ou no direito federal. Assim, a ação não foi admitida em juízo, apesar da ocorrência dos atos de tortura¹⁶.

As primeiras ações contra corporações baseadas na ATS foram propostas a partir 1996. O caso mais famoso é *Doe v. Unocal*, em que nacionais de Mianmar alegaram que uma companhia de petróleo americana ajudou e incentivou os militares de Mianmar a sujeitar pessoas a trabalho forçado, além de terem cometido assassinatos, estupros e tortura, enquanto a Unocal construía um oleoduto. Esse caso apresentou aos Tribunais uma nova questão, qual seja a da possibilidade de considerar-se uma corporação responsável, não por ter cometido violações de direitos humanos diretamente, mas por ter auxiliado e direcionado os atores que as cometeram. O Nono Circuito considerou que o auxílio e o incentivo às violações de direitos humanos eram uma violação às leis costumeiras internacionais, podendo assim a situação ser levada à juízo com fundamento no ATS¹⁷.

Nenhuma destas ações chegou à Suprema Corte. De fato, a primeira vez que a Suprema Corte precisou se manifestar sobre a aplicação do ATS foi em um caso que não envolvia a responsabilidade de corporações¹⁸. Apesar de outros casos terem discutido a aplicação do ATS, o mérito não foi julgado porque a corte não tinha jurisdição ou porque as corporações preferiram encerrar os casos com um acordo.

2.2 O julgamento do caso Kiobel na Suprema Corte Americana

As estruturas governamentais e judiciais da Nigéria não são adequadas para que as vítimas obtenham reparação. Assim, as vítimas e familiares, contabilizando doze

¹² O caso é chamado de Filartiga v. Pena-Irala, julgado definitivamente em 1980, disponível em <https://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-4/filartiga-v-pena-irala/>, acesso em 15.jun.18.

¹³ CAMARENA, Fernando Pérez Correa. El Alien Tort Statute: el imperialismo judicial de los valores occidentales. Revista de la Facultad de Derecho de México. Vol 63, n. 260 (2013), p. 390. Disponível em: < <http://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60710/53588> > Acesso em 04 de setembro de 2017.

¹⁴ Tradução das autoras. No original: The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.

¹⁵ DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252, p. 245.

¹⁶ Disponível em <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/937/Tel-Oren-v-Libya/>, acesso em 15 jul 2019.

¹⁷ DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252, p. 245.

¹⁸ O caso discutiu a responsabilidade de um mexicano por ter participado, sob a coordenação da Agência de Controle de Drogas americana, do rapto de um médico mexicano acusado de matar um funcionário da Agência. O caso está disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>, acesso em 01. maio.18.

cidadãos nigerianos, iniciaram um processo judicial com fundamento no ATS contra as empresas Royal Dutch Petroleum Company (holandesa), Shell Transport e Trading Company (britânica), e sua subsidiária Shell Petroleum Development Company (nigeriana), em razão de sua colaboração para com o regime ditatorial daquele país no cometimento de violações de direitos humanos durante os anos de 1992 e 1995. Os autores alegaram que os réus tinham utilizado o governo nigeriano para suprimir manifestações contra suas operações de petróleo no Delta do Níger; que o exército e a polícia da Nigéria atacaram as aldeias Ogoni, batendo, estuprando e matando seus residentes, enquanto defendiam os bens da companhia, além de terem concordado na utilização de sua propriedade como base para as atividades governamentais¹⁹.

Apesar de ser bastante antigo, o ATS permaneceu em desuso por dois séculos, até que os tribunais norte-americanos foram provocados, como no caso *Filaritiga V. Pena Irala*, visto acima. A alegação no caso Kiobel, resumidamente, era de que a corporação tinha auxiliado e dirigido as ações do governo nigeriano que constituem as violações de direitos humanos mencionadas. O Tribunal do Segundo Circuito decidiu que corporações não poderiam, em qualquer hipótese, ser rés com fundamento no ATS porque o direito costumeiro internacional rejeitava a noção de responsabilidade corporativa. A Suprema Corte admitiu o caso para definir se as corporações poderiam ou não ser rés com fundamento no ATS e para definir se as cortes poderiam reconhecer a existência de uma causa de agir por violações do direito internacional em território de um país que não fosse os Estados Unidos. Em outras palavras, o caso foi admitido para que a Corte pudesse se manifestar sobre a extraterritorialidade, ou seja, a aplicação da lei americana em fatos ocorridos fora de seu território. Ao final, a Suprema Corte americana rejeitou o caso por um motivo diferente, afirmando que as violações não tocaram²⁰ e não diziam respeito ao território dos EUA com força suficiente para deslocar a presunção contra extraterritorialidade²¹.

Dois pontos controversos permearam o julgamento pela Suprema Corte americana: se o ATS era aplicável a empresas ou apenas a pessoas físicas, e se a referida lei tinha um alcance extraterritorial, com relação a atos cometidos fora da jurisdição dos EUA e com os quais não há ligação.²²

O debate inicial concentrou-se sobre o fato de as corporações transnacionais poderem ser processadas com fundamento no ATS nos tribunais dos EUA, alguns consideraram que havia possibilidade de submeter as empresas às obrigações derivadas do *jus cogens*, enquanto outros optaram por não lhes conferir personalidade jurídica, uma vez que o direito internacional positivo (*hard law*) só reconhece a personalidade jurídica dos Estados, e das organizações internacionais e indivíduos em certos casos²³.

Mas a questão que parece ser central para os futuros casos similares envolve a extraterritorialidade da lei. Explica-se. Era o ano de 1991 quando a Suprema Corte definiu que a presunção de extraterritorialidade significa que 'a legislação produzida pelo Congresso, exceto se o contrário é claro, é feita para ser aplicada somente nos limites da jurisdição territorial dos Estados Unidos'²⁴, o que implica dizer que o Congresso, normalmente, edita leis para serem aplicadas domesticamente. Ocorre que, até então, essa presunção não tinha sido discutida nos julgamentos envolvendo o ATS, e foi exatamente isso o que mudou com o julgamento do caso Kiobel.

Nele, prevaleceu a regra da presunção contra a extraterritorialidade, restando estabelecido que a legislação americana é aplicada somente no território do país, a

Jaume I, España, 1 January 2011, p. 04. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/kiobel-commentario-zamora-cabot-2011.pdf>> Acesso em 04 de setembro de 2017.

²² RIVERA, Humberto Fernando Cantú. El caso Kiobel en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América: extraterritorialidad y responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos. Muframex Maison Universitaire Franco-Mexicaine, p. 01 Disponível em: <http://www.mufr.fr/sites/mufr.univ-toulouse.fr/files/eventement/symposium/ponencias/humberto_fernando_cantu_rivera.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2017.

²³ RIVERA, Humberto Fernando Cantú. El caso Kiobel en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América: extraterritorialidad y responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos. Muframex Maison Universitaire Franco-Mexicaine, p. 05 Disponível em: <http://www.mufr.fr/sites/mufr.univ-toulouse.fr/files/eventement/symposium/ponencias/humberto_fernando_cantu_rivera.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2017.

²⁴ Nesse sentido, em *EEOC v. Arabian Am. Oil Co.* 499 US 244, 248 (1991).

¹⁹ DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252, p. 247

²⁰ O termo utilizado pela Corte, em inglês, foi 'touch'. Ver nota de rodapé 28, infra.

²¹ CABOT, Francisco Javier Zamora. Kiobel v. Royal Dutch Corp. y los Litigios Transnacionales sobre Derechos Humanos. Universitat

menos que exista uma indicação clara para que seja feito o contrário. O presidente da Corte ainda declarou²⁵:

On these facts, all the relevant conduct took place outside the United States. And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application. Corporations are often present in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices. If Congress were to determine otherwise, a statute more specific than the ATS would be required.²⁶

É certo que a presunção contra a extraterritorialidade está definida, no entanto, esse parágrafo deixa em aberto algumas possibilidades. Como aponta William Dogde, se a mera presença corporativa não é suficiente, talvez o seu domicílio seja – o que deverá ser enfrentado se a alegação de violação de direitos humanos for feita em face de corporação americana.

Apesar de o julgamento ter comportado diferentes opiniões, quatro julgadores votaram por extinguir o processo sem resolver o mérito por falta de competência para decidir questões puramente estrangeiras. Em uma coisa todos os julgadores concordaram: o ATS não deveria ser interpretado de forma a permitir jurisdição internacional, da forma como os tribunais vinham interpretando nos últimos trinta anos²⁷.

É claro que essa é uma alteração importante. A inexistência ou a fraqueza de sistemas jurídicos em países onde ocorrem violações de direitos humanos por corporações leva, inevitavelmente, à impunidade. A interpretação anterior do ATS abria uma possibilidade para tais vítimas. É, de fato, um claro retrocesso nas possibilidades de responsabilização de empresas.

2.3 Antecedentes judiciais do caso Vedanta

O resultado do julgamento de admissibilidade da competência do caso Vedanta, resulta da ideia de que a empresa tem um dever de cuidado em relação àqueles zambianos que se dizem vítimas. Os tribunais britânicos estiveram às voltas com vários casos semelhantes nos últimos 25 anos²⁸.

A relevância deste caso é a alteração no entendimento do tribunal, eis que em casos anteriores entendeu-se que os tribunais ingleses não possuíam jurisdição sobre reclamações contra uma empresa-matriz no Reino Unido por atos de sua subsidiária no exterior.

O caso Okpabi e outros v. Royal Dutch Shell plc e outro foi gerado pelos mesmos fatos que levaram ao litígio Kiobel, e os autores alegavam que a Royal Dutch Shell (RDS) e sua subsidiária local, Shell Petroleum Development Company da Nigéria Limited (SPDC), eram responsáveis por negligência, demandando da RDS um dever de cuidado porque controlava a operação dos dutos e infraestrutura a partir da qual os vazamentos que poluíram os rios ocorreram e porque tinha assumido a responsabilidade direta de proteger os defensores de direitos ambientais e humanos²⁹.

A Corte de Apelação, por maioria, decidiu que o caso não poderia ser julgado pelas cortes inglesas, afirmando que os autores não haviam conseguido provar que a RDS controlava as operações da SPDC ou que a RDS era responsável pelos procedimentos que supostamente causaram os danos alegados³⁰.

Posição semelhante foi adotada no caso AAA & Others/Unilever PLC e Unilever Tea Kenya Limited. Neste caso os autores demandavam a responsabilidade da matriz britânica pela falta de adoção de salvaguardas em favor de seus funcionários que pudessem protege-

²⁵ DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252, p. 247.

²⁶ Tradução livre das autoras: Nesses fatos, toda a conduta relevante ocorreu fora dos Estados Unidos. E mesmo quando as reivindicações tocam e dizem respeito ao território dos Estados Unidos, devem fazê-lo com força suficiente para deslocar a presunção contra a aplicação extraterritorial. As empresas estão frequentemente presentes em muitos países, e seria ir muito longe afirmar que a mera presença corporativa é suficiente. Se o Congresso quisesse determinar o contrário, um estatuto mais específico do que o ATS seria necessário.

²⁷ DIREITO AMERICANO. Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S. Ct. 1659. Disponível em: < http://www.direitoamericano.com/decisoes-recentes/#Kiobel_v_Royal_Dutch_Petroleum_ > Acesso em: 20 de junho de 2017.

²⁸ HOLLY, Gabrielle; STRATEGY, Omnia. Zambian farmers can take Vedanta to court over water pollution. What are the legal implications?. In: Business & Human Rights Resource Centre. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/zambian-farmers-can-take-vedanta-to-court-over-water-pollution-what-are-the-legal-implications>>. Acesso em 19 de abril de 2019.

²⁹ UNITED KINGDON. Supreme Court. Lucky Alame and others v. Royal Dutch Shell Plc. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/191.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

³⁰ UNITED KINGDON. Supreme Court. Lucky Alame and others v. Royal Dutch Shell Plc. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/191.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

-los da violência étnica que eclodiu no Quênia após as eleições presidenciais de 2007.³¹ O Tribunal decidiu que a matriz não tinha tal dever de cuidado especialmente porque os eventos em questão não eram suficientemente previsíveis para a matriz ou para a subsidiária, e não seria justo e razoável impor-lhes tal obrigação³².

Entretanto, a extensão do dever de cuidado foi interpretada de maneira diversa no caso Chandler V. Cape plc. Nesta situação, o autor havia trabalhado na subsidiária entre 1959 e 1962, e anos depois desenvolveu asbestose como resultado da exposição ao amianto. A subsidiária já não existia mais e não possuía apólice de seguro. O fundamento do pedido era o dever de cuidado que a matriz deveria ter em relação aos funcionários de sua subsidiária³³. A corte britânica entendeu que o dever de cuidado existia diante do conhecimento, pela matriz, das reais condições de trabalho dos funcionários da subsidiária e do risco causado pelo amianto³⁴.

Essa decisão representou um grande avanço na proteção dos direitos humanos por ter permitido que uma matriz fosse responsabilizada por atos de sua subsidiárias, eis que a adoção de pessoas jurídicas distintas leva à aplicação da regra geral de que não há confusão entre elas.

No caso Vedanta, a empresa usou as mesmas alegações de casos anteriores, afirmando a ausência do dever de cuidado ou de responsabilidade pelos atos da subsidiária por força da distinção de pessoas jurídicas. Todavia, os autores foram capazes de produzir documentos, como os relatórios de sustentabilidade, que demonstraram que a matriz exercia um nível incomum de controle, direção e conhecimento sobre os atos da subsidiária³⁵.

³¹ UNITED KINGDOM. Supreme Court. AAA e outros V. Unilever PLC (2) Unilever Tea Kenya Limited. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/1532.html> >. Acesso em 05 de junho de 2019.

³² Idem.

³³ UNITED KINGDOM. Supreme Court. David Brian Chandler V. Cape plc. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> >. Acesso em 05 de junho de 2019.

³⁴ UNITED KINGDOM. Supreme Court. David Brian Chandler V. Cape plc. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> >. Acesso em 05 de junho de 2019.

³⁵ ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019 e o quanto indicado nos parágrafos 55 e 58 da decisão, disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>, acesso em 15 jun 19.

O caso é emblemático ao demonstrar como é difícil para vítimas conseguir resposta adequada: são pessoas diferentes com estruturas corporativas complexas; a existência de dever de cuidado não é clara; as provas que podem ser produzidas, no geral, estão nas mãos da própria empresa³⁶. Isso faz com que a empresa-matriz esteja blindada da responsabilização pelos impactos negativos que suas subsidiárias possam ter nas pessoas.

2.4 O julgamento de admissibilidade do caso Vedanta pela Suprema Corte Britânica

Como mencionado, em 2019 a Suprema Corte da Grã-Bretanha foi chamada a se manifestar para fazer o juízo de admissibilidade do caso. As alegações essenciais de cada lado eram, pelos autores, no sentido de que a ação fosse admitida em solo inglês, de outro, a empresa afirmando a necessidade de respeito à distinção de personalidade jurídica entre matriz e subsidiária.

Apesar de ser uma decisão somente acerca da admissibilidade, é justamente aí que está a sua relevância. Quando foi proferida a decisão em Kiobel, logo se percebeu que fechavam-se as portas às vítimas de abusos cometidos por corporações fora do solo norte-americano, reduzindo as possibilidades para que obtivessem alguma resposta satisfatória do judiciário. No caso Vedanta, no entanto, a decisão da Suprema Corte inglesa vai no sentido oposto, para admitir a discussão acerca de fatos ocorridos fora do território inglês. A relevância da questão decidida está em avaliar os fundamentos pelos quais foi afastada a regra geral que determina que a questão deve ser resolvida pela jurisdição do local onde ocorreram os danos. O debate centra-se na possibilidade, ou não, de obrigar a matriz inglesa a responder, em solo inglês, pelos atos da subsidiária por conferir-lhe um dever legal de cuidado em relação àqueles nacionais do Zâmbia. As vítimas alegaram que a matriz tem um dever de cuidado em relação àqueles pessoas que são afetadas pelas atividades de suas subsidiárias. Esse cuidado deriva do fato de que a empresa matriz tem ingerência sobre sua subsidiária, participando ativamente das decisões tomadas que a afetem. A decisão inglesa é relevante porque determina que não é necessário que a matriz exerça seu poder de interferência para que exista o dever de cuidado. Em verdade, a Corte afirma que é suficiente que a matriz tenha afirmado que tem o poder

³⁶ Idem.

de ingerência sobre a subsidiária, ou seja, ainda que não o tenha exercido – ao admitir a existência desse poder – passa a ter, também, o dever de cuidado³⁷. E no caso Vedanta, os autores procuraram demonstrar que havia um alto nível de ingerência da matriz em sua subsidiária, utilizando-se dos relatórios de sustentabilidade produzidos pela própria empresa. De fato, no relatório trazido aos autos, denominado “Embedding Sustainability”, a matriz inglesa expressamente afirmava sua responsabilidade pela manutenção dos padrões de qualidade nas atividades da subsidiária, incluindo sua implementação por meio de treinamentos e fiscalização³⁸. Ser a matriz dá o direito da corporação em interferir na subsidiária, mas não lhe impõe um dever para tanto³⁹.

A decisão de aceitar o caso e afastar a alegação da companhia acaba por estender o dever de cuidado das empresas-matriz em relação àquelas comunidades que estão ao redor das atividades de suas subsidiárias. Os juízes, neste caso, expressamente indicaram situações em que há verdadeiro controle da matriz, o que pode ocorrer quando a matriz estabelece políticas a serem seguidas por todos os componentes de seu grupo, ou quando as empresas-matriz fazem declarações públicas manifestando seus compromissos com os serviços prestados e as áreas exploradas por suas subsidiárias. Foi exatamente esta característica que levou os juízes a entender que havia controle da Vedanta sobre a KCM e eis que os compromissos tornados públicos pela Vedanta levavam à conclusão de que controlava as atividades da KCM.

3 O futuro pós-Kiobel e Vedanta

Já é possível discutir, em alguma medida, os reflexos do julgamento de Kiobel, eis que, como se verá abaixo, depois dele outros casos similares foram julgados.

No caso *Cardona v. Chiquita Brands Internacional, Inc.*, decidido em 2014, cidadãos colombianos acionaram as empresas Chiquita Brands Internacional Inc. e Chiquita

Fresh North LLC. - ambas criadas e sediadas nos EUA – com fundamento no ATS, entre outros. Os demandantes alegaram que os réus, dos seus escritórios nos EUA, aprovaram os pagamentos à organização terrorista Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) e facilitaram as transferências de armas e munições com o objetivo de auxiliar e matar, para suprimir o ativismo trabalhista e a concorrência local. Em uma acusação criminal separada nos EUA, Chiquita se declarou culpada pelos pagamentos ilegais à organização terrorista, mas argumentou que isso ocorreu devido a ameaças aos seus empregados e suas propriedades. Em apelação, o Décimo Primeiro Circuito concluiu, e a Suprema Corte confirmou, como em Kiobel, que toda a conduta relevante ocorreu fora dos EUA. A Corte considerou ainda que a nacionalidade americana dos réus não era suficiente, por si só, para deslocar a presunção contra a extraterritorialidade, e que o caso deveria, portanto, ser rejeitado.⁴⁰

Em 2018, ao decidir o caso *Al-Shimari v. CACI Premier Technology Inc.*, o Quarto Circuito permitiu que um processo baseado no ATS prosseguisse contra a empresa CACI Premier Technology Inc., pelos atos de tortura cometidos por um de seus funcionários em Abu Ghraib, conhecida prisão situada na cidade homônima, no Iraque. A Corte de Apelação constatou que as reivindicações envolvendo violações de direitos humanos no exterior se relacionavam fortemente com os Estados Unidos a ponto de deslocar a presunção contra a extraterritorialidade. A Corte considerou, entre outras coisas, que a nacionalidade americana tanto da corporação como de seus funcionários, o contrato de serviços de interrogatório com o governo dos EUA e as alegações de que pessoas nos Estados Unidos deram aprovação tácita à tortura, eram suficientes para que o fato fosse julgado a partir do ATS.⁴¹ É uma decisão que mantém a interpretação dada por anos ao ATS, todavia, ainda deverá ser levada à Suprema Corte para que ela se manifeste se há relação suficiente com os Estados Unidos para fundamentar uma decisão naquele país.

O caso Kiobel representa uma mudança de paradigma no entendimento da Suprema Corte Americana, vez que a análise dos requisitos para que um caso envol-

³⁷ Nesse sentido, o parágrafo 53 da decisão, disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>, acesso em 15 jun 19.

³⁸ Fato extraído da decisão, no parágrafo 58, disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>, acesso em 15 jun 19.

³⁹ Nesse sentido, o parágrafo 49 da decisão, disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>.

⁴⁰ A decisão está disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/12-14898/12-14898-2014-07-24.html>, acesso em 15.mai.18.

⁴¹ O sumário do caso e as decisões estão disponíveis em <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/al-shimari-v-caci-et-al>, acesso em 15.ago.18.

vendo violações da lei internacional consuetudinária, incluindo violações aos direitos humanos por companhias multinacionais, tornou-se muito mais rígida. A admissão para julgamento de companhias a partir do ATS pelos tribunais americanos diminuiu muito após o caso Kiobel. Os requerentes devem convencer o tribunal de que as empresas são passíveis de serem convocadas ao abrigo do ATS, demonstrando que a conduta nos Estados Unidos é suficiente para deslocar a presunção contra a extraterritorialidade. Portanto, o número de casos susceptíveis de sucesso parece ser pequeno.

Em Kiobel restou definido que é preciso demonstrar, sem qualquer dúvida, a ingerência da corporação americana sobre suas subsidiárias para que a subsidiária possa ser ré nos Estados Unidos. Nesse sentido, a subsidiária nigeriana foi excluída da lide logo no início. Restou a considerável disputa entre os tribunais americanos acerca da possibilidade de responsabilizar corporações por violações de direitos humanos eis que, ainda se discute, no direito internacional, a qualidade de sujeitos das corporações. Kiobel também não resolveu o que é preciso demonstrar, ou que provas precisam ser produzidas para que uma empresa possa ser responsabilizada quando a alegação dos autores é de que sua atuação auxiliou ou foi mesmo determinante para a ocorrência das violações. Em verdade, está definido que o ATS admite essas alegações, mas a partir da decisão em Kiobel não é possível determinar o que é necessário para que seja configurada a responsabilidade, ou se é preciso demonstrar o conhecimento ou a motivação da corporação para contribuir com a violação. Por fim, há a questão do significado da expressão do ATS que estabelece que ele será aplicado quando o ato ilícito ‘tocar e importar para os Estados Unidos’. Esse dilema também não está definido, eis que os tribunais disputam se a nacionalidade americana das empresas ré é relevante ou é suficiente para estabelecer a sua competência para o julgamento. A julgar pelos casos posteriores a Kiobel, no entanto, parece que a demonstração de que a situação realmente diga respeito aos Estados Unidos é muito difícil de ser feita. É preciso lembrar que a presunção é contrária à aplicação da lei em ato ocorrido fora do país. E derrubar essa presunção não é tarefa simples.

Assim, trata-se de buscar regulamentar a atividade de corporações que acabam adquirindo poder para influenciar os governos de diversas formas: elas podem ameaçar retirar seus investimentos dos países em que operam, ou ameaçar se retirar dos países onde foram

fundadas, para evitar forte regulamentação interna.⁴² Se não obtiverem o retorno de seus investimentos no prazo e volume esperados, por força de alguma disposição legal ou decisão do governo doméstico, podem, ainda, levar os governos das nações que as hospedam à uma arbitragem internacional, demandando que as disposições domésticas sejam reconhecidas como quebra do contrato de investimento. Ademais, suas subsidiárias têm acesso facilitado, por meio da empresa sede, às instituições financeiras internacionais, das quais o país hospedeiro depende para conseguir auxílio financeiro.

Tratados internacionais de Direitos Humanos impõem deveres aos Estados que os ratificam e a eles se vinculam. No entanto, nem todos os tratados internacionais são ratificados por todos os países. Isso já é suficiente para que existam diferenças na aplicação de normas internacionais de direitos humanos⁴³. Além disso, o próprio direito doméstico também tem disposições que variam de um país para outro, de forma que as corporações poderão estar sujeitas a normas diferentes, e até mesmo contraditórias, dependendo do país onde atuam.

Como tratados internacionais apenas vinculam Estados, não há um mecanismo reconhecido em direito internacional para resolver esse conflito de padrões e fazer com que as corporações, independentemente de sua nacionalidade ou do local onde atuem, sigam um mesmo padrão de respeito e proteção aos direitos humanos. Dessa forma, as grandes corporações com atividades transnacionais, aquelas que atuam em mais de um país, ficam sujeitas aos padrões e às normas do Estado onde estão instaladas suas afiliadas.

Assim, como em alguns países não há punição a essas corporações por violações à direitos humanos – seja por falta de legislação ou pela precariedade em sua implementação – e como os tratados internacionais não as obrigam, o direito não as alcança, deixando-as impunes.

A incapacidade de dar resposta adequada a estas violações é normalmente observada em países com instituições fracas. Portanto, é de se esperar que os países com instituições fortes, com elaboração e aplicação de leis de forma adequada, busquem alguma resposta a ser dada às vítimas de violações de direitos humanos.

⁴² RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014, p. 37.

⁴³ Ibidem, p. 35

A possibilidade, nos Estados Unidos, de aplicar o ATS a estas empresas era, sem dúvida, um grande instrumento nas mãos dos litigantes na área de direitos humanos.

No tocante ao discutido neste texto, a necessidade premente é que se dê acesso à justiça às vítimas de abusos de grandes corporações. Em Kiobel, as possibilidades foram diminuídas, todavia a decisão do caso Vedanta traz um novo folego para aqueles que não podem, ou não conseguem, buscar a remediação por danos em seus sistemas judiciais domésticos. Sob o ponto de vista do acesso à justiça, a decisão no caso Vedanta é promissora, na medida em que abre portas para a litigância diretamente contra a matriz, no país de sua sede. Ainda é preciso aguardar a decisão de mérito do caso Vedanta, no entanto, o entendimento da Suprema Corte britânica aceitando sua jurisdição para o julgamento do caso, apesar de o dano ter sido causado por uma subsidiária na África, é um inegável avanço para os que discutem as possibilidades sob o ponto de vista da Responsabilidade Civil.

É preciso mencionar, no entanto, que se reconhece que as decisões judiciais são passíveis de sofrer um *backlash*⁴⁴, ou seja, uma reação forte e adversa dos afetados por ela. Os afetados, aqui, são as corporações que poderão ser responsabilizadas com fundamento no dever de cuidado quando, mesmo sem se envolver em quaisquer decisões tomadas pela subsidiária, reste demonstrado que poderiam ter se envolvido eis que detinham o poder para tanto. É o que expressamente diz a decisão:

... parece que a matriz pode incorrer em relevante responsabilidade diante de terceiros se, em materiais publicados, ela expõe exercer esse grau de supervisão e controle de suas subsidiárias, mesmo que de fato não o faça. Em tais circunstâncias, sua própria omissão pode constituir a abdicação de uma responsabilidade que assumiu publicamente.⁴⁵

⁴⁴ A capacidade de decisões judiciais criarem o efeito *backlash* já foi bastante discutida em diferentes contextos na doutrina. Veja-se T. M. Keck, "Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights; Law and Society Review 43, no. 1 (2009): 151; John G. Ruggie, A UN Business and Human Rights Treaty Update, Harvard Kennedy School 2 (May 1, 2014), Disponível em <http://businesshumanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-un-business-humanrights-treaty-update-1-may-2014.pdf>; POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em 22 set 19.

⁴⁵ Essa é a letra do parágrafo 53 da decisão. No original: "...it

É fácil antever que os gestores destas corporações poderão pensar que a melhor solução para evitar que respondam por danos causados por suas subsidiárias seja a adoção de conduta que deixe à subsidiária toda a margem de decisões⁴⁶. Assim, a subsidiária estaria livre para definir suas condutas e, conseqüentemente, a adoção ou não de padrões de respeito à normas ambientais e de direitos humanos, o que, em última *ratio*, dependeria da regulamentação doméstica do país onde está operando a subsidiária. A decisão indica que a existência ou não de um dever de cuidado dependerá dos fatos demonstrados em cada caso. Por isso, sob o ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, no quanto procura responsabilizar corporações por danos causados por suas atividades ou de suas subsidiárias, a decisão pode causar um *backlash* prejudicial à causa⁴⁷.

A decisão em Vedanta reflete a relevância da discussão sobre responsabilização de corporações. Até então, a jurisprudência indicava que as grandes corporações com atividades transnacionais estavam blindadas por suas estruturas corporativas complexas, de forma que não seria possível responsabilizar uma controladora instalada em um país desenvolvido quando a violação se deu por uma subsidiária em um país pobre que não teve força para responsabilizada adequadamente.

Assim, além de as empresas não serem responsabilizadas, continuavam a cometer contínuas violações de direitos humanos e as vítimas não recebiam a reparação adequada a que tinham direito. Com a mudança de entendimento, ainda que apenas da justiça britânica, surge

seems to me that the parent may incur the relevant responsibility to third parties if, in published materials, it holds itself out as exercising that degree of supervision and control of its subsidiaries, even if it does not in fact do so. In such circumstances its very omission may constitute the abdication of a responsibility which it has publicly undertaken." Disponível em <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>, acesso em 15 jul 19.

⁴⁶ Ainda que conclua que essa não é a melhor saída, essa racionalidade é expressada, por exemplo, em 'Business for Social Responsibility', em 'How companies should respond to the Vedanta ruling', disponível em <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/how-companies-should-respond-to-the-vedanta-ruling>, acesso 18 ago 19; ou em Ethical Corporation, em 'UK multinationals will face greater scrutiny after the Vedanta decision', disponível em <http://www.ethicalcorp.com/uk-multinationals-will-face-greater-scrutiny-after-vedanta-decision>, acesso em 18 ago 19.

⁴⁷ Nesse sentido, Doug Cassel em Vedanta v. Lungowe Symposium: Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Law, Disponível em <http://opiniojuris.org/2019/04/19/vedanta-v-lungowe-symposium-beyond-vedanta-reconciling-tort-law-with-international-human-rights-norms%E0%BB%BF/>, acesso 18 jun 19.

uma nova esperança, de que as multinacionais comecem a ser responsabilizadas de fato pelos danos que causam.

É de se esperar que Cortes em outros países sedes de corporações matrizes adotem o mesmo entendimento, ou entendimento semelhante ao aplicado no caso Vedanta. A tendência é que se busque utilizar como parâmetro as decisões mais atuais, de forma a decisão do caso Vedanta se torne paradigmática. Se dessa forma ocorrer, haverá uma grande evolução na proteção dos direitos humanos, vez que as empresas irão a sofrer as consequências de fato pelos danos que suas subsidiárias causam, e começarão a adotar medidas preventivas para que novas violações não ocorram, pois saberão que irão sofrer consequências proporcionais.

4 Considerações Finais

O ATS foi um instrumento utilizado por autores, por três décadas, para acionar réus por violações de direitos humanos ocorridas fora dos Estados Unidos. Diante da evidente falência de muitos sistemas jurídicos domésticos para remediar as violações que ocorrem em seus países, a possibilidade de buscar reparação em um país de instituições fortes representava um alento para a comunidade.

A decisão do caso Kiobel, ao estabelecer que deve ser respeitada a presunção de não extraterritorialidade das leis americanas, e que ela só pode ser derrubada em casos extremos – sem estabelecer quando eles ocorrem –, passa a impedir o julgamento sobre o dever de reparação de danos por violações de direitos humanos cometidas por corporações fora do território estadunidense.

A decisão do caso Vedanta trás uma nova possibilidade sob o ponto de vista da responsabilidade civil das corporações, vez que se abre a possibilidade de uma empresa-matriz ser julgada pelo tribunal do país onde está instalada por uma violação cometida em outro país por sua subsidiária. Assim, as vítimas passam a ter a real chance de que seu pleito seja julgado por um judiciário com condições institucionais para tanto.

O julgamento do caso Vedanta representa um importante passo, no entanto ainda não se pode dizer que este é um entendimento consolidado. A maior parte das decisões sobre este assunto ainda negam a jurisdição do país da matriz, portanto verifica-se um panorama

de insegurança jurídica. Apesar do alento trazido pelo julgamento no caso Vedanta, é preciso estar ciente da existência da possibilidade de que as corporações internalizem os sinais desta decisão para evitar responsabilizações futuras.

Referências

Bussines & Human Rights Resource Centre. Vedanta Resources lawsuit (re water contamination, Zambia). Disponível em: < <https://www.business-humanrights.org/en/vedanta-resources-lawsuit-re-water-contamination-zambia>>. Acesso em 12 de maio de 2019.

Business for Social Responsibility. How companies should respond to the Vedanta ruling. Disponível em <https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/how-companies-should-respond-to-the-vedanta-ruling>, acesso 18 ago 19.

CABOT, Francisco Javier Zamora. Kiobel v. Royal Dutch Corp. y los Litigios Transnacionales sobre Derechos Humanos. Universitat Jaume I, España, 1 January 2011. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/kiobel-commentario-zamora-cabot-2011.pdf>> Acesso em 04 de setembro de 2017.

CAMARENA, Fernando Pérez Correa. El Alien Tort Statute: el imperialism judicial de los valores occidentales. Revista de la Facultad de Derecho de México. Vol 63, n. 260 (2013). Disponível em: < <http://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60710/53588>> Acesso em 04 de setembro de 2017.

CASE BRIEFS LLC. Filartiga v. Pena-Irala. Disponível em <https://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-4/filartiga-v-pena-irala/>, Acesso em 15.jun.18.

CASSEL, Doug. Vedanta v. Lungowe Symposium: Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Law, Opinio Juris. Disponível em <http://opiniojuris.org/2019/04/19/vedanta-v-lungowe-symposium-beyond-vedanta-reconciling-tort-law-with-international-human-rights-norms%E0%BB%BF/>, acesso 18 jun 19.

DIREITO AMERICANO. Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S. Ct. 1659. Disponível em: < <http://www.direitoamericano.com/decisoes->

recentes/#Kiobel_v_Royal_Dutch_Petroleum_> Acesso em: 20 de junho de 2017.

DODGE, William. Business and human rights litigation in US courts before and after Kiobel. In BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine. Business and Human Rights From Principles to Practice. Routledge. New York 2016, pp. 244-252.

Ethical Corporation. UK multinationals will face greater scrutiny after the Vedanta decision. Disponível em <http://www.ethicalcorp.com/uk-multinationals-will-face-greater-scrutiny-after-vedanta-decision>, acesso em 18 ago 19.

ELDRIDGE, Louise. The Zambian farmers who are suing a mining company in a British Court. In: Africa is a country. 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://africasacountry.com/2019/02/THE-ZAMBIAN-FARMERS-WHO-ARE-SUING-A-MINING-COMPANY-IN-A-BRITISH-COURT>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

ESTADOS UNIDOS, CORTE DE APELAÇÃO PARA O 11º. DISTRITO. *Cardona v. Chiquita Brands Internacional, Inc.* Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/12-14898/12-14898-2014-07-24.html>, acesso em 15.mai.18.

ESTADOS UNIDOS, CORTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO DE COLUMBIA. Hanoch Tel-Oren, et al., Appellants, v. Libyan Arab Republic, et al. Disponível em <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/937/Tel-Oren-v-Libya/>, Acesso em 15 jul.19.

ESTADOS UNIDOS, TRIBUNAL DISTRITAL DO LESTE DA VIRGÍNIA. *Al Shimari v. CACI et al.* Disponível em <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/al-shimari-v-caci-et-al>, acesso em 15.ago.18.

HOLLY, Gabrielle; STRATEGY, Omnia. Zambian farmers can take Vedanta to court over water pollution. What are the legal implications?. In: Business & Human Rights Resource Centre. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/zambian-farmers-can-take-vedanta-to-court-over-water-pollution-what-are-the-legal-implications>>. Acesso em 19 de abril de 2019.

INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Nigeria: Ogoni Land after Shell. Africa Briefing nº 54. 18 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.crisisgroup.org/africa/west-africa/nigeria/nigeria-ogoni-land-af>

ter-shell> Acesso em 01 de setembro de 2018.

RIVERA, Humberto Fernando Cantú. El caso Kiobel en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América: extraterritorialidad y responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos. Muframex Maison Universitaire Franco-Mexicaine. Disponível em: < http://www.mufrfm.fr/sites/mufrfm.univ-toulouse.fr/files/eventement/symposium/ponencias/humberto_fernando_cantu_rivera.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2017.

RUGGIE, John Gerard. Quando Negócios não são Apenas Negócios, as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora Planeta Sustentável. 2014. São Paulo.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *EEOC v. Arabian Am. Oil Co.* 499 US 244, 248 (1991). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/244/>, acesso em 15.mai.18.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *SOSA vs. Alvarez Machain*. 29.06.2004. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>, acesso em 01. maio.18.

The Guardian. 'I drank the water and ate the fish. We all did. The acid has damaged me permanently'. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/global-development/2015/aug/01/zambia-vedanta-pollution-village-copper-mine>> Acesso em 10 de maio de 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. *AAA e outros V. Unilever PLC (2) Unilever Tea Kenya Limited*. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/1532.html>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. *David Brian Chandler V. Cape plc*. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> >. Acesso em 05 de junho de 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. *Lucky Alame and others v. Royal Dutch Shell Plc*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/191.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents)*. Disponível em: < <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>>. Acesso em 05 de maio de 2019.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.